

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**8972** *Resolución de 25 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles IX de Madrid, por la que se suspende la inscripción de un nombramiento de auditor.*

En el recurso interpuesto por don A. R. M., en nombre y representación y como Presidente y Consejero delegado de la entidad «Institución Universitaria Mississippi, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo González de Lara, por la que se suspende la inscripción de un nombramiento de auditor.

#### Hechos

##### I

Por la sociedad recurrente se presentó en el Registro Mercantil certificación del secretario del consejo de administración de la que resulta que, en su reunión de fecha 22 de diciembre de 2014, y estando presentes todos sus miembros, se adoptó por unanimidad, y no estando la sociedad obligada, a nombrar auditor a determinada firma con el fin de verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2014.

##### II

Presentada la referida documentación, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Notificación de Calificación José Antonio Calvo González de Lara, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 2550/1143 f. Presentación: 12/02/2015 Entrada: 1/2015/18.877,0 Sociedad: Institución Universitaria Mississippi, S.A. Autorizante: secretario del consejo Protocolo: de 22/12/2014 Fundamentos de Derecho (defectos) 1. Defectos Subsanales: No consta la aceptación de dicha designación por parte de la entidad auditora. -Arts. 141 y 154 Reglamento del Registro Mercantil. 2. La hoja de la entidad a que se refiere el precedente documento, ha sido cerrada por falta del depósito de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2013, conforme a lo establecido en el Artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, no siendo el acuerdo social que se pretende escribir de los exceptuados el dicho precepto. En consecuencia para inscribir los actos que contiene este documento es menester que con carácter previo se practique el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas o se acredite la sociedad se encuentra en el apartado 5 del supradicho artículo 378. 3. Existe un procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas a petición de un socio conforme a lo establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, para el ejercicio 2014 de cuentas anuales, presentado en este Registro el día treinta de enero de dos mil quince, siendo necesaria la previa resolución del mismo. De conformidad con la resolución de ocho de mayo de dos mil trece, es necesario que se acredite que el nombramiento del auditor realizado por el órgano de administración es de fecha fehaciente anterior a la solicitud del socio minoritario. Se advierte que los datos Registrales correctos de la entidad auditora «CYO Consultores y Auditores S.L.P.» son los siguientes: Tomo 21.370, sección 8.<sup>a</sup>, Hoja numero M-379.841. Sin perjuicio de proceder a la subsanación

de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, a 27 de febrero de 2015 El registrador (firma ilegible)».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don A. R. M., en nombre y representación y como presidente y consejero delegado de la entidad «Institución Universitaria Mississippi, S.A.», interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 6 de abril de 2015, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que el primer defecto se debe a un simple error que se subsana con la aportación del escrito de aceptación; Segundo.—Que, en cuanto al segundo defecto, es debido a que se designó auditor por el registrador Mercantil para el ejercicio 2013, a instancia de un socio, y que no ha entregado su informe de auditoría hasta el día 6 de marzo de 2015, por lo que no han podido ser aprobadas las cuentas, y Que, en consecuencia, no es un hecho achacable a la sociedad que ha celebrado ya consejo, el pasado día 11 de marzo de 2015, para aprobar la convocatoria de junta general como resulta de la documentación que se acompaña, y Tercero.—Que, en cuanto al tercer defecto, la resolución de la registradora Mercantil está recurrida.

## IV

El registrador emitió informe el día 23 de abril de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de derecho**

Vistos los artículos 279, 280 y 282 de la Ley de Sociedades de Capital; 18 y 20 del Código de Comercio; 365, 367, 368 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2004, 3 de octubre de 2005, 12 de julio de 2007, 21 de noviembre de 2011, 29 de noviembre de 2013, 4 de noviembre de 2014 y 28 de enero de 2015, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. El escrito de recurso en realidad no discute los fundamentos en que basa su decisión el registrador Mercantil; limita su discurso a la justificación de sus acciones y a la explicación de cómo, a su juicio, se ha llegado a la calificación negativa aportando un documento que tiene por objeto la subsanación de una de los defectos señalados. Como ha tenido ocasión de repetir este Centro Directivo en infinidad de ocasiones es la nota de calificación la que determina el objeto del recurso por lo que no puede entrarse en cuestiones ajenas a la misma (artículos 18.7 del Código de Comercio y 59 del Reglamento del Registro Mercantil). Del mismo modo sólo pueden tenerse en cuenta los documentos presentados al tiempo de la calificación (artículos 326 y 327 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, esta Dirección General no puede tener en cuenta documentación que no tuvo a la vista el registrador Mercantil para tomar su decisión, ni hará pronunciamientos sobre cuestiones que no pueden ser objeto de decisión en este expediente.

2. Así las cosas y puesto que el primer defecto no se recurre, procede confirmar el segundo, único respecto del que esta resolución puede pronunciarse. Como ha repetido esta Dirección General, conforme al artículo 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital «dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor,

cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría».

Por su parte el artículo 282 de la propia Ley dispone que: «1. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista. 2. Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa».

3. El cierre del Registro constituye una sanción contra la sociedad por el incumplimiento de una obligación legal (vid. Resolución de 28 de enero de 2015, en relación a los artículos transcritos de la Ley de Sociedades de Capital). La sanción sólo se levanta en los supuestos contemplados en la Ley cuyo contenido desarrolla el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. El nombramiento voluntario de auditor llevado a cabo por el órgano de administración no se encuentra entre las excepciones al cierre del folio registral por lo que procede la confirmación de la calificación del registrador.

4. Ciertamente la concurrencia de rogaciones en relación a la designación de un auditor para el mismo ejercicio requiere de la oportuna coordinación de acción por parte del registrador Mercantil. Presentada una solicitud de inscripción de nombramiento de auditor voluntario por sociedad no obligada que entre en conflicto con una solicitud de designación realizada por socio minoritario en ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador debe proceder de acuerdo a la doctrina de este Centro Directivo.

En sede de recursos contra la decisión de registradores mercantiles sobre designación de auditores (artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil) y de modo reiteradísimo (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y sujeto a un especial régimen de disciplina, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente... pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación "in tuitu personae" entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de

Registros y del Notariado... en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores... estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad... ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, y b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que sólo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

5. En el supuesto de hecho que de este expediente, concurre en el tiempo la presentación en el Registro Mercantil de solicitud de inscripción de nombramiento voluntario de auditor hecho por el órgano de administración, con la solicitud de un minoritario de que el registrador Mercantil designe auditor para la verificación de cuentas del ejercicio cerrado en los tres meses anteriores. En una situación semejante el registrador Mercantil debe tomar su decisión en función del contenido del Registro y en función de los argumentos más arriba expuestos (y de aquellos otros que los matizan o modalizan de acuerdo a la abundante doctrina al respecto de este Centro Directivo), de modo que sólo prevalezca una designación pues ni jurídica ni económicamente es admisible que el mismo ejercicio sea objeto de verificación por dos profesionales distintos siendo su actividad merecedora de idéntica consideración (vid. Sentencia citada del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 25 de junio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.